

MIKAEL MARTINS DE LIMA

**A ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS RECURSOS ESPECIAL E
EXTRAORDINÁRIO**

**Monografia apresentada como requisito parcial
à conclusão do curso de graduação de Direito,
Setor de Ciências Jurídicas, Universidade
Federal do Paraná.**

**Orientador: Luiz Guilherme Marinoni
Co-orientador: Sérgio Cruz Arenhart**

**CURITIBA
2004**

MIKAEL MARTINS DE LIMA

**A ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS RECURSOS ESPECIAL E
EXTRAORDINÁRIO**

**CURITIBA
2004**

TERMO DE APROVAÇÃO

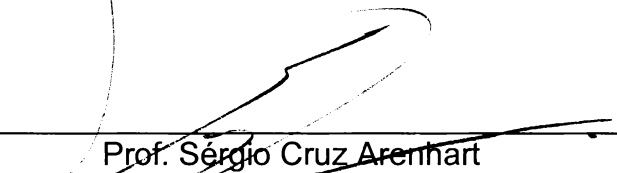
MIKAEL MARTINS DE LIMA

A ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção da graduação de bacharel em direito, do curso de Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, para a seguinte banca examinadora:



Prof. Luiz Guilherme Marinoni



Prof. Sérgio Cruz Arenhart



Prof. Manoel Caetano Ferreira Filho

Curitiba, 09 de Novembro de 2004.

A presente monografia é resultado das influências de um grande amigo, Paulo Afonso de Souza Sant'Anna, cujas lições ainda não publicadas me impediram de homenageá-lo condignamente, incluindo um artigo seu no rol dos grandes doutrinadores aqui estudados.

Por tal razão é que dedico o presente trabalho a ele, lhe agradecendo pelas aulas, textos, críticas e, sobretudo, pela amizade.

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS.....	iii
RESUMO.....	iv
1. INTRODUÇÃO.....	01
2. O PODER JUDICIÁRIO ORGANIZADO EM GRAUS.....	03
3. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE OS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO.....	08
4. EFEITOS DOS RECURSOS.....	12
5. A TUTELA CAUTELAR E O PROCESSO CAUTELAR NO ÂMBITO RECURSAL.....	19
6. CONCLUSÃO.....	37
REFERÊNCIAS.....	39

AGRADECIMENTOS

Àquele que primeiro empregou-me em seu escritório, Dr. Wagner de Jesus Magrini, assim como a todos os que o sucederam na custosa tarefa de me ensinar os mistérios jurídicos, registro que a gratidão é e será sempre imensa.

Aos eternos Professores, cujo exemplo, dedicação e conhecimento serviram não apenas à minha formação acadêmica e profissional, mas que ajudaram a transformar a profissão que escolhi naquilo que mais gosto.

E, por tudo quanto fizeram por mim, deixo estendida a mão e aberto meu coração a todos os meus amigos, à minha família e à minha namorada, para que saibam que também vivo para tornar cada um de seus minutos mais doces de viver.

RESUMO

Buscou-se com a presente monografia analisar a questão da atribuição de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário, os quais, via de regra, não são dotados de tal eficácia.

Para tanto, foi necessário municiar-se das lições doutrinárias que tanto influenciaram a busca pela maior e melhor efetividade do direito processual civil, no intuito de reafirmar que o escopo do processo, inclusive dos recursos aqui analisados, é tutelar os direitos dos indivíduos de maneira tempestiva e condizente aos anseios dos jurisdicionados, ainda que isso importe na renovação do procedimento e na mudança da forma como são encarados seus institutos.

A análise do efeito suspensivo, enquanto forma de impedir que a decisão que pode ser reformada produza efeitos maléficos aos recorrentes, permitiu aproximar este provimento à tutela cautelar e, assim, analisar ambas as providências conjuntamente.

Na seqüência, tendo constatado que a cautela é direito de cunho material, podendo originar-se de toda e qualquer relação conflitiva, concluiu-se que o direito geral cautelar pode ser afirmado em qualquer tipo de processo, não sendo imprescindível um processo cautelar para se obter uma providência cautelar, portanto.

Assim, após ter examinado que a própria sistemática dá exemplos em que a providência cautelar pode ser obtida no âmbito dos procedimentos tidos como ordinários, permitiu-se a conclusão de que a eficácia suspensiva pode ser pleiteada no bojo dos recursos especial e extraordinário, sem que isto represente afronta às normas e à jurisprudência atinente à espécie, representando então expediente mais adequado à consumação de uma providência até hoje obtida mediante o uso redundante de dois processos, quando apenas um – atendendo à economia processual – poderia ser utilizado.

1. INTRODUÇÃO

Superada a autonomia científica do Direito Processual em atenção à instrumentalidade que o colocou, como expôs o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, “como instrumento da jurisdição imprescindível à realização da ordem jurídica material, à convivência humana e à efetivação das garantias constitucionalmente asseguradas”¹, resultou que o instrumento almeja ser “um processo de resultados, não um processo de conceitos e filigranas”².

Em atenção a estas novas características do Processo Civil moderno, “os processualistas de última geração estão hoje envolvidos na crítica sociopolítica do sistema, que transforma o processo, de instrumento meramente técnico, em instrumento técnico e político de atuação da justiça substancial e garantia das liberdades”³, sendo imprescindível dotar o processo civil de maior efetividade.

O Professor Luiz Guilherme Marinoni é representante desta “moderna forma de pensar” e, para ele, o “slogan” que a caracteriza “é tomado de Chiovenda, pois, na perspectiva de quem afirma ter um direito a ser tutelado, nada melhor que a lembrança de que o processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter”.⁴

Assim, em razão da perspectiva inovadora e amplamente adotada, “a técnica processual assume grande relevo, uma vez que para a efetiva tutela jurisdicional dos direitos é imprescindível o correto manejo das técnicas de cognição, da antecipação e da atuação dos direitos”.

Desta forma, embora o instrumento já seja mais apto que outrora, avanço este obtido através de melhoras pontuais trazidas pelas microreformas legislativas, o certo é continuar a busca pelo ideal de maior efetividade do processo, perseguindo-se o

¹ TEIXEIRA, S. F. **A reforma processual na perspectiva de uma nova justiça**. In: Reforma do código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 886.

² DINAMARCO, C. R. **A reforma do Código de Processo Civil**, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 20.

³ GRUINOVER, A. P. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 5.

⁴ MARINONI, L. G. **A antecipação da tutela na reforma do processo civil**, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 20.

mesmo objetivo que ensejou os festejados avanços, pois é fato que ainda há muito a ser feito, uma vez que, se o tempo é inerente ao fenômeno processual, que seja reduzido na exata medida em que se almeja uma justiça melhor.

E, tendo em vista as suas implicações, o presente tema se apresentou como um bom motivo para analisar uma parte do processo civil que há algum tempo vem preenchendo vários estudos de processualistas de tomo e, à par da grandiosidade dos ensaios já publicados sobre a questão, ainda remanesce como matéria de controvertida aplicação, merecendo então este dedicado, porém despretensioso, estudo.

Assim, ao tratar da atribuição de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário, buscou-se formular uma simples contribuição ao debate da matéria, através de uma maneira diferente e peculiar de visualizar esta forma de tutela de urgência para, especificamente no âmbito dos recursos extraordinários *lato sensu*, encontrar uma via mais adequada de se tutelar os recorrentes que demonstrem ter provável razão.

Dadas as limitações deste trabalho, toma-se de empréstimo uma advertência de Dostoiévski, para quem também foi impossível “relatar todos os fatos na sua ordem detalhada. Tal exposição demandaria, creio, um grosso volume. De modo que não me queiram mal por limitar-me apenas ao que me pareceu mais impressionante. Pode ser que tenha tomado o acessório pelo essencial e omitido traços característicos... Aliás, é inútil desculpar-me...”⁵. Fiz o melhor que pude.

⁵ DOSTOIÉVSKI, F. M. **Os irmãos Karamazov**. Fascículo nº 1 da coleção Os Imortais da Literatura Universal. São Paulo: Abril Cultural, 1970, p. 457.

2. O PODER JUDICIÁRIO ORGANIZADO EM GRAUS

No Brasil a organização do Poder Judiciário dá-se mediante a distribuição da jurisdição entre diversos órgãos que são divididos entre as chamadas “justiças” comum e especial.⁶

Não significa isto que há diversas jurisdições, mesmo porque a “unidade do Direito nacional impõe a unidade jurisdicional”⁷, mas sim que há uma repartição da competência do Estado Juiz dentre seus diversos órgãos⁸.

O critério para a fixação da competência entre os órgãos é o da exclusão, ou seja, à “justiça ordinária” cumpre apreciar as causas que não forem da competência da “justiça especial”,⁹ da mesma forma que, na esfera daquela, será da competência da justiça estadual aquilo que não for da federal.

Dentro da justiça comum ou ordinária¹⁰ subdivide-se a competência entre os órgãos da jurisdição criminal e da jurisdição civil, sendo esta a analisada na presente monografia.

Verifica-se que o sistema é estruturado verticalmente, organizado em graus, de certa forma hierarquizados, sendo que na base da organização encontram-se os juízes de primeiro grau; acima deles, os tribunais de segundo grau e, por fim, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.¹¹

O Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário, exercendo o papel precípua de guarda da Constituição da República desde a promulgação desta em 1988, competindo-lhe a última palavra sobre a interpretação da Carta Política. Por seu turno, o Superior Tribunal de Justiça é competente para velar

⁶ FERREIRA, P. **Curso de direito processual civil**, São Paulo: Saraiva, 1998. p. 60.

⁷ SILVA, J. A. da. **Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro**. São Paulo: RT, 1963. p. 9.

⁸ LASPRO, O. N. de S. **O duplo grau de jurisdição no direito processual civil**. São Paulo: RT, 1995. p. 18.

⁹ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C., **Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento**, 2. ed., São Paulo: RT, 2003. p. 38.

¹⁰ GRECO FILHO, V. **Direito processual civil brasileiro**, 14. ed., v. 1, São Paulo: Saraiva, 1999. p. 196.

¹¹ MARQUES, J. F. **Instituições de direito processual civil**, 1. ed., vol. I, Campinas: Millennium, 1999. p. 382.

pela unidade do direito federal infraconstitucional, referente à esfera da justiça comum.¹²

Abaixo destes se localizam as instâncias ordinárias, que são duas: uma inicial, composta por juízes singulares e outra recursal, formada por julgadores reunidos em colegiados (Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça e Tribunais de Alçada, estes últimos já são uma raridade), que é competente para reexaminar as matérias anteriormente decididas pelos juízes vestibulares.

Além disso, os tribunais de segundo grau também podem operar como instâncias inaugurais, segundo se verifica no artigo 108, I, da Carta Magna, e no artigo 101, VII, da Constituição Estadual do Paraná, por exemplo.

Desta maneira, conforme a especialidade do caso, determinadas ações são ajuizadas diretamente perante os colegiados, os quais detêm competência para as receber e julgar, fenômeno este chamado de competência originária.¹³

Diante disso, vislumbra-se que nos casos em que os tribunais de segundo grau perfazem o papel de instâncias vestibulares, os Tribunais Superiores operam como se segundas instâncias fossem, possuindo competência para reexaminar, via interposição de recurso ordinário, os casos originários dos demais colegiados, conforme estabelecido nos artigos 102, II, e 105, II, da Constituição Federal.¹⁴

Por sua vez, originárias também são as competências do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, respectivamente previstas nos artigos 105, I, e 102, I, da Constituição da República vigente, em que as ações ali mencionadas são interpostas diretamente nas Cortes Superiores.¹⁵

Por conseguinte, nas hipóteses de competência originária do STJ, somente se pode vislumbrar a possibilidade destas serem reexaminadas pelo STF, o que não

¹² PEREIRA CALÇAS, M. de Q. **Dos recursos extraordinário e especial**. In: Revista de Processo, São Paulo, n. 62, ano 16, abr-jun, 1991, p. 244.

¹³ GRECO FILHO, V. *Op. cit.* p. 173.

¹⁴ ASSIS CORRÊA, O. **Recursos no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Aide, 1996, p. 47.

¹⁵ ALMEIDA SANTOS, F. C. **A estrutura do poder judiciário e competência dos Tribunais Superiores (Ações ordinárias e Recursos)**. In: Revista de Processo, São Paulo, n. 57, ano 15, jan-mar, 1990. p. 81-85.

sucede com as questões submetidas diretamente ao crivo da Excelsa Corte, mesmo porque não há órgão autorizado a rever as suas decisões.

Além disso, é admitido também que os órgãos jurisdicionais dividam sua competência instituindo órgãos responsáveis por analisar as decisões proferidas no seu âmbito interno, havendo então um órgão responsável pela revisão dos atos praticados pelos demais, tal como o colegiado que é responsável pelo re-julgamento das decisões proferidas singularmente pelos relatores, através dos agravos regimentais, por exemplo.

Desta forma, percebe-se que toda a estrutura judiciária nacional foi construída de maneira a permitir que as causas decididas por uma instância pudessem sempre ser revistas por outras, havendo quem sustente existir, portanto, uma pluralidade de graus de jurisdição¹⁶, muito embora haja quem conteste tal formulação alegando que Tribunais de Superposição não podem ser qualificados como instâncias, por não servirem à correção de injustiças porventura existentes, mas à preservação da unidade do ordenamento jurídico como um todo¹⁷.

Sopesando as duas correntes, as quais levam em conta as competências originárias e recursais de ambas as Cortes Superiores, Ovídio Batista adota uma concepção híbrida para os Tribunais de Superposição, sustentando que estes Colegiados, “ficam a meio caminho, muitas vezes oscilando entre um verdadeiro juízo de cassação, originariamente não jurisdicional, e uma terceira instância ordinária, alternativa esta última que se harmoniza com a submissão do Direito brasileiro à burocratização da função judicial, a que serve um sistema de recursos”¹⁸.

Outra característica de nosso sistema é a de que o reexame se dá, na ampla maioria dos casos, por órgão de grau superior ao que prolatou a decisão recorrida, havendo relevante parte da doutrina que entenda que é a existência desta hierarquia

¹⁶ MARQUES, J. F. **Instituições de direito processual civil**, vol. IV. Campinas: Millennium, 1999, p. 5.

¹⁷ ASSIS CORRÊA, O. *Op. cit.*, p. 30.

¹⁸ BAPTISTA DA SILVA, O. **A função dos Tribunais Superiores**. In: Revista de Direito Processual Civil [Gênesis], Curitiba, n. 13, ano IV, jul-set, 1999, p. 485.

entre os órgãos julgadores que configura o duplo grau de jurisdição¹⁹, ao passo que outros respondem não ser isto completamente correto²⁰.

Carnelutti, por exemplo, assevera não ser a hierarquia essencial à caracterização do duplo grau de jurisdição, mas apenas a possibilidade do reexame da causa, conforme se infere da sua lição aqui transcrita:

... non ne è però um carattere essenziale potendosi l'appello portare anche davanti a um giudice di grado pari a quello cha há pronunziato la sentenza impugnata; (...) essenziale è invece che si tratta di um esame ripetuto cioè di uma revisione di quanto è stato fatto la prima volta e la ripetizione permette di evitare gli errori e di colmare le lacune eventualmente incorse nell'esame anteriore.²¹

Chiovenda, a seu passo, condena que os órgãos julgadores subordinem-se a outros de grau maior, asseverando que “não é mais possível a pluralidade das instâncias fundar-se na subordinação do juiz inferior ao superior, por não dependerem os juízes, quanto à aplicação da lei, senão da lei mesma”²², ou seja, os julgadores são livres para julgar segundo seu convencimento pessoal, não havendo um poder hierárquico por parte dos tribunais.

Seguindo o raciocínio de Chiovenda, Ada Pellegrini Grinover atesta que não se deve entender a repartição da jurisdição entre graus superiores e inferiores como sendo “uma competência de mando, mas apenas uma competência de derrogação, no sentido

¹⁹ Cf. SANTOS, M. A., **Primeiras linhas do Código de Processo Civil**, 19.^a ed., v. 1, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 94-95; BARBOSA MOREIRA, J. C., **Comentários ao Código de Processo Civil**, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, 7. ed., vol. V, arts: 476 a 565, Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 236-237; DINAMARCO, C. R., **Instituições de direito processual civil**, vol. I, São Paulo: Malheiros, 2001. p. 236-238.

²⁰ Formulação esta encontrada em NERY JR., N. **Princípios fundamentais: Teoria geral dos recursos**, 4. ed., São Paulo: RT, 1997. p. 41; Oreste Nestor de Souza LASPRO. **O duplo grau...** p. 27; Djanira Rodamés de SÁ, **Duplo grau de jurisdição**, São Paulo : Saraiva, 1999.

²¹ CARNELUTTI, F. **Instituzioni del nuovo processo civile italiano**, 3. ed., tomo II, Roma: Biblioteca del Foro Italiano, 1942. p. 496-497.

²² CHIOVENDA, G. **Instituições de direito processual civil**, 2.^a ed., trad. J. G. Menegale, vol. II: A relação processual ordinária de cognição – As relações processuais, São Paulo: Saraiva, 1965. p. 98.

da primeira poder reapreciar, em segundo grau, as causas decididas, substituindo, com sua decisão, a de primeiro grau”²³.

Esta última concepção se coaduna com o estabelecido em nosso ordenamento, haja vista o Código de Processo Civil brasileiro fixar em seu artigo 512 que o “julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida”, não havendo, pois, menção à hierarquia entre os órgãos judiciais.

A concepção de hierarquia entre os órgãos pode ser extraída dos textos constitucionais relativos às normas de organização do Poder Judiciário – artigos 92 *usque* 126 –, mediante as quais dispôs-se, em geral, que existirão juízes singulares, tribunais e depois Cortes Superiores, mas isto não significa que os julgadores de primeira instância encontram-se sob o julgo dos de grau superior.

Em que pesem as idéias doutrinárias, fato é que a última palavra sobre o direito em geral fica a cargo dos Tribunais Superiores, os quais detém a competência de zelar pela coesão do ordenamento como um todo, o que fazem mediante o manejo pelas partes dos recursos especial e extraordinário.

²³ GRINOVER, A.P.; GOMES FILHO, A. M. **Recursos no Processo Penal**: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais, 3 ed., São Paulo: RT, 2001. p. 27.

3. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE OS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO

Os recursos especial e extraordinário são assim chamados em atenção à terminologia adotada pela Codificação, tratando-se de uma distinção eminentemente nominativa, não real.

O recurso extraordinário remonta a longo tempo, sendo que até recentemente detinha a função precípua de zelar pela integridade do ordenamento jurídico federal como um todo, tanto constitucional quanto infraconstitucional.²⁴

Foi inspirado no *writ of error* norte-americano, previsto no *Judiciary Act* de 1789, e encaminhava à revisão pela Suprema Corte daquele país as decisões finais dos tribunais estaduais, no que tangia a determinadas matérias à luz da Constituição, dos tratados e das leis da União.²⁵

Os especiais, embora sejam o desmembramento daqueles, foram concebidos há poucos anos, quando da criação do Superior Tribunal de Justiça pela Constituição Federal de 1988,²⁶ momento em que o Supremo Tribunal Federal passou a funcionar como verdadeira Corte Constitucional, sendo que as questões infraconstitucionais que anteriormente eram de sua competência foram destinadas ao novo colegiado.

Muitas são as similitudes entre estas espécies recursais, tanto que a “natureza extraordinária do recurso especial tem sido reiteradamente acentuada pelos juristas e magistrados”,²⁷ motivo pelo qual se permite analisá-las conjuntamente.

O recurso extraordinário é regulado pelo artigo 102, III, da Carta Política, de cujas alíneas se extrai ser cabível contras as decisões proferidas em última ou única instância desde que contrariem dispositivos constitucionais; quando for declarada a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal e quando for julgado válida lei ou ato de

²⁴ PEREIRA CALÇAS, M. de Q. *Op. cit.*, p. 244.

²⁵ *Idem*, *ibidem*.

²⁶ *Idem*, *ibidem*.

²⁷ BARROS DA SILVA, M. Â. **A admissibilidade do recurso especial**. In: Revista de Processo nº 62, ano 16, abr-jun, 1991, p.161.

governo local contestado em face da Lei Maior, servindo, portanto, como meio de controle difuso da constitucionalidade.

A seu modo, o recurso especial é tratado pelo artigo 105, III, e alíneas, também da Constituição, sendo cabível nas causas decididas pelos colegiados regionais federais e tribunais estaduais que contrariarem ou negarem vigência à lei federal; contra as decisões que julgarem válida lei ou ato de governo estadual contestado em face de lei federal e que der interpretação diversa a lei federal à já atribuída por outro tribunal.

Assim, verifica-se que os recursos extraordinários são cabíveis contra as únicas ou últimas decisões proferidas em qualquer grau de jurisdição, ao contrário dos especiais, que são interponíveis apenas contra as decisões colegiadas dos tribunais da chamada “justiça comum”.

É comum a assertiva de que estes recursos, “pelas suas características e finalidades, de nobreza constitucional, tendo por escopo não os interesses da parte mas o resguardo do direito federal infraconstitucional, assim como a uniformidade interpretativa deste”, não servem à revisão da justiça da decisão recorrida, mas à coesão do ordenamento.

Na realidade, tais recursos “se apresentam refratários: ambos são remédios excepcionais, destinados não propriamente à recomposição do ‘justo’ (objetivo a ser perseguido na instância recursal ordinária), mas antes à preservação da ‘inteireza positiva’ da Constituição Federal e do direito federal *stricto sensu*, respectivamente”²⁸, mas, o que se percebe, é que apenas “não são vocacionados à correção da mera ‘injustiça’ da decisão”²⁹.

Isto porque é fato que o interesse dos recorrentes ao utilizarem os especiais e extraordinários se dá para fazer prevalecer seu próprio direito lesado pelos órgãos recorridos, não para garantir a integridade do ordenamento jurídico com a uniformização da jurisprudência.

²⁸ MANCUSO, R. de C. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 3. ed. São Paulo: RT, 1993, p. 22-23.

²⁹ Idem, *ibidem*, p. 68.

Ora, é verdade que se pode conceber todo o processo como instrumento para dirimir a lide, mas admitir que estes recursos servem à coesão do ordenamento é o mesmo que suprimir a voluntariedade que lhes é inerente, como se estes instrumentos correspondessem unicamente a um suposto interesse público à preservação da unidade do Direito nacional, o que não é verdade.

A necessidade da inteireza do direito pela uniformidade da jurisprudência é um dogma, pois não há quebra da unidade do ordenamento simplesmente porque uma mesma norma jurídica foi aplicada de maneiras diversas, em idênticas circunstâncias fáticas. Isso ocorre com freqüência, basta que as partes sujeitadas a estas decisões antagônicas não recorram.

Os recursos especial e extraordinário não divergem das demais formas de impugnação, pois buscam a revisão das decisões no mesmo intuito de obter um julgamento mais favorável; são distintos dos demais por razões de ordem histórica, “não por sua essência, mas porque assim se lhe denominou um dia, e a nomenclatura original vingou e permaneceu até hoje”.³⁰

A coesão do ordenamento acaba sendo mera consequência da atuação dos Tribunais Superiores, que têm o papel de assentar a interpretação da norma aplicável a um determinado caso concreto.

Ambos estes apelos necessitam dos mesmos pressupostos gerais dos demais recursos além destes outros, específicos, decorrentes do Texto Maior e de profícua formulação sumular, responsável pela maioria dos óbices ao seguimento destas impugnações,³¹ motivos que demandam maior apuro técnico no manejo destes instrumentos.

Destarte, mesmo em face das peculiaridades que envolvem esta rarefeita esfera recursal, na qual existem inúmeros requisitos e obstáculos ao processamento destas espécies recursais, é ainda possível, apesar de raro, que um sem número de recursos especiais e extraordinários tenha êxito e consiga revogar a decisão recorrida,

³⁰ Idem, ibidem, p. 35.

³¹ PINTO, N. L. **As súmulas do STJ e do STF e sua influência na admissibilidade do recurso especial**. In: Revista de Processo, São Paulo, n. 62, abr./jun. 1991. p. 98.

o que é motivo bastante para se estudar meios mais eficazes de se prestar a melhor tutela às partes.

4. EFEITOS DOS RECURSOS

Muitos são os efeitos produzidos com a interposição ou com a mera possibilidade de interposição dos recursos, podendo-se destacar os efeitos devolutivo e suspensivo³².

Todos os recursos têm efeito devolutivo³³, importando este na devolução da matéria impugnada ao Judiciário, a fim de que seja reexaminada por outros julgadores.

E, por importar no reenvio das matérias atacadas, que não serão tidas como definitivas enquanto não forem reapreciadas pelo Judiciário, o efeito devolutivo é o responsável por uma das principais características dos recursos, que é a de obstar a preclusão e a produção da coisa julgada, como argutamente analisou Nelson Nery Júnior:

O efeito devolutivo prolonga o procedimento, pois faz com que o processo fique pendente até que a decisão judicial não mais seja impugnável, quer pela inércia da parte em não interpor recurso, quer pelo esgotamento da instância recursal. Por outras palavras, o efeito devolutivo *adia* a formação da coisa julgada. Conseqüentemente, o ajuizamento de ação idêntica à que se encontra sob julgamento em sede de apelação, v.g., enseja decreto de extinção do processo sem julgamento do mérito, pela ocorrência de litispendência, e não de coisa julgada.³⁴

Além da devolução da matéria ao juízo *ad quem*, os recursos são dotados da possibilidade de suspender a eficácia da decisão impugnada ou mesmo de impedir esta de surtir quaisquer efeitos, pois impedem o ato inquinado de produzir reflexos no mundo fenomênico.

Com isto, a suspensão impede que o recorrente seja prejudicado com a imediata eficácia da decisão que visa reformar, cujos efeitos poderiam se revelar bastante inoportunos diante de uma futura reforma do ato inquinado. Por outro lado, este efeito representa um certo desprezo pelo acerto do juiz *a quo*, pois somente se pode esperar prejuízos de uma decisão que se presume ser equivocada.

³² SANTOS, M. A., Op. cit., p. 98.

³³ GRECO FILHO, V. Op. cit., p. 302.

³⁴ NERY JR., N. **Liminar impugnada e sentença irrecorrida**. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis, v. 7. NERY Jr., N.; WAMBIER, T. A. A. São Paulo: RT, 2003, p. 527.

Por tal razão, Francisco Glauber Pessoa Alves diz que tal efeito decorre de “um ranço ou uma espécie de preconceito contra a primeira instância, partindo-se do pressuposto, o mais das vezes, de que é errada a decisão hostilizada”, tendo o eminente processualista asseverado ser isto decorrente do “acalentamento inescandível dos tribunais com relação ao princípio do duplo grau de jurisdição”.³⁵

Note-se, sobretudo, que a suspensão se apresenta como uma possível e eventual “qualidade do recurso, que adia a produção dos efeitos da decisão impugnada assim que é interposto, qualidade essa que perdura até que venha a ser efetivamente julgado”³⁶.

Na atual sistemática brasileira, influenciada por uma época que “não se preocupava com a efetividade dos direitos e com a tempestividade do provimento jurisdicional”³⁷, mas se pensava “apenas na segurança jurídica”³⁸, impera a suspensão generalizada, havendo poucas hipóteses em que os recursos podem ser recebidos sem obstar a eficácia das decisões vergastadas.

No plano fático ocorre que os jurisdicionados, após aguardarem por muito tempo a decisão de sua demanda, não recebem aquilo que lhes foi reconhecido pela sentença de mérito, pois a decisão judicial é completamente inoculada pelo efeito suspensivo, ou seja, aqueles que têm razão ganham o processo, mas nada recebem.

Luiz Guilherme Marinoni já evidenciou o descabimento da inversão do tempo do processo que se opera com a interposição de recursos, esclarecendo que este tipo de remédio, na hipótese de procedência da ação, “serve unicamente para o réu tentar demonstrar o desacerto da tarefa do juiz. Assim, por lógica, é o réu, e não o autor, aquele que deve suportar o tempo do recurso interposto contra a sentença de

³⁵ PESSOA ALVES, F. G. **Concessão generalizada de efeito suspensivo (liminar) no agravo de instrumento e paradigmas que não devem ser perpetuados**. In: NERY JR., N.; WAMBIER, T. A. A. (Coord.) Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais, v. 5. São Paulo: RT, 2002, p. 258.

³⁶ GIANNICO, M.; GIANNICO, M. **Efeito suspensivo dos recursos e capítulos das decisões**. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis, vol. 5 / coordenadores Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2002, p. 404.

³⁷ DORIA, R. D. **Tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda**, 2ª ed., de acordo com a Lei 10.444/2002. São Paulo: RT, 2003 – (Coleção temas atuais de direito processual civil, v. 1), p. 77.

³⁸ Idem, ibidem.

procedência. Se o recurso interessa apenas ao réu, não é possível que o autor – que já teve seu direito declarado – continue sofrendo os males da lentidão da justiça”³⁹.

Além disso, a suspensão da decisão inquinada é responsável por transformar os julgadores de primeira instância em meros instrutores processuais, ao passo que o julgamento da causa não é nada além de mera declaração, pois é totalmente inutilizado pela possibilidade quase absoluta de revisão da decisão.

E pode-se considerar ainda duas formas de suspensão, uma decorrente de expressa imposição legal e outra da livre atuação do julgador, sendo “lícito portanto falar em efeito suspensivo *ope legis* ou *ope judicis* – ou efeito suspensivo legal, em contraposição ao judicial”⁴⁰.

No primeiro caso, o efeito suspensivo não seria atribuível ao recurso, mas à própria possibilidade de o vencido recorrer, pois “nada se suspende propriamente, mas somente se prolonga a situação de ineficácia em que o ato já se encontrava”⁴¹. Alguns doutrinadores, então, aludem que esta forma de interrupção decorre da chamada recorribilidade⁴², haja vista que “o efeito suspensivo desponta desde a prolação do ato decisório”⁴³, ainda que o direito de impugnar a decisão não seja exercido.

Nelson Nery Júnior garante estas assertivas, da maneira adiante exposta:

Dizemos que a suspensividade respeita mais propriamente à recorribilidade porque o efeito suspensivo, na prática, tem início com a publicação da sentença e perdura, no mínimo, até que se escoe o prazo para a parte ou interessado recorrer. Assim, durante o prazo para a interposição do recurso, já existe, em certa medida, o efeito suspensivo que se prolongará até o julgamento do recurso efetivamente interposto, ao qual a lei confira efeito suspensivo. Olhando o fenômeno por outro ângulo, poder-se-ia dizer que o que ocorre durante o prazo que vai da publicação da decisão até o escoamento do termo para a interposição do recurso é a suspensão dos efeitos da sentença, não por incidência do efeito suspensivo do recurso, mas

³⁹ MARINONI, L. G. **Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição**. In: Garantias constitucionais do processo civil (Coord. José Rogério Cruz e Tucci). São Paulo: RT, 1999, p. 226.

⁴⁰ DINAMARCO, C. R. **Os efeitos dos recursos**. In: NERY JR., N.; WAMBIER, T. A. A. (Coord.) Aspectos polêmicos..., v. 5, p. 53.

⁴¹ WAMBIER, L. R. **Do manejo da tutela cautelar para obtenção de efeito suspensivo no recurso especial e extraordinário**. In: Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário, v. 1. São Paulo: RT, 1997, p. 360-361.

⁴² PONTES DE MIRANDA, **Comentários ao Código de Processo Civil**, t. VII. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 16.

⁴³ SANTOS, M. A. *Op. cit.*, p. 98.

porque a eficácia imediata da decisão fica sob a *condição suspensiva* de não haver interposição de recurso que deva ser recebido no efeito devolutivo.⁴⁴

E Barbosa Moreira também registrou semelhante observação, ao dizer:

Aliás, a expressão 'efeito suspensivo' é, de certo modo, equívoca, porque se presta a fazer supor que só com a interposição do recurso *passem* a ficar tolhidos os efeitos da decisão, como se *até esse* momento estivessem eles a manifestar-se normalmente. Na realidade, o contrário é que se verifica: mesmo antes de interposto o recurso, a decisão, pelo simples fato de estar-lhe sujeita, é ato *ainda* ineficaz, e a interposição apenas *prolonga* semelhante ineficácia, que *cessaria* se não se interpusse o recurso.⁴⁵

No que toca ao segundo caso, tem-se uma verdadeira atribuição da eficácia suspensiva, uma vez que a decisão impugnada produz seus efeitos desde que prolatada e somente deixará de fazê-lo após a concessão da qualidade obstativa ao remédio utilizado.

De qualquer sorte, o sistema processual ainda é mantido com a garantia da atribuição de efeito suspensivo *ex lege* na grande maioria dos casos, nos quais é interrompida a eficácia da decisão recorrida mesmo quando é remota a possibilidade de êxito do recurso.

E, em razão deste descompasso entre o sistema recursal vigente e as prementes necessidades dos jurisdicionados, a suspensão *ex lege* tornou-se completamente inadequada à efetiva prestação da tutela, pois obsta a eficácia de qualquer pronunciamento que intente distribuir justiça.

Assim, permite-se dizer, ainda que o legislador tivesse “vedado ‘recursos regimentais’, afastado infringências, (...), valorizado o dever de veracidade da parte para com o juízo e agravado a concepção de litigância temerária, (...) revisado com energia o duplo grau de jurisdição e, (...), combatido o lamentável costume de deduzir recursos com a finalidade de protrair no tempo o cumprimento de certa decisão”⁴⁶, ainda assim a manutenção do efeito suspensivo *ex lege* seria pesado fardo a ser

⁴⁴ NERY JÚNIOR, N. Op. cit., p. 377.

⁴⁵ BARBOSA MOREIRA, J. C. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, v. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 257.

⁴⁶ PORTO, S. G. **Recursos: reforma e ideologia**. In: Revista de direito processual civil [Gênesis], nº 2, ano I, mai-ago, 1996, p. 400.

suportado unicamente por aquele que tem razão, posto que todo o processo arrastado em primeira instância restaria inócuo mediante simples argumentação do vencido.

Na Itália já ocorreu a supressão da suspensão *ex lege* há anos, tendo sido retirado do recorrido o mau ímpeto de recorrer de todas as decisões apenas para protrair no tempo a produção dos seus efeitos, sendo que naquele país todas as decisões são prontamente exeqüíveis desde que proferidas.⁴⁷

No Brasil, entretanto, houve projeto de lei semelhante ao italiano, mas optou-se por manter a suspensão como regra, “diante da indesejada perspectiva de se multiplicarem os pedidos cautelares para obtenção do efeito suspensivo para a apelação”⁴⁸, apesar da incoerência hoje existente em que a “antecipação de tutela, derivada de sumária cognição, admite a execução; mas a sentença de primeiro grau, derivada de exauriente cognição, não admite (!?)”⁴⁹.

Destas contrariedades exsurge que a sistemática jurídica ainda é, ao menos nesta parte, incompatível com o novo paradigma em que o processo deve servir como instrumento de efetivação da tutela jurisdicional, e não como mero garantismo.

Neste aspecto, bem andou o legislador ao estabelecer que os recursos especial e extraordinário seriam recebidos somente no efeito devolutivo (artigo 542, § 2º), pois é razoável que pouca razão terá aquele recorrente que não conseguiu fazer prevalecer sua tese nas duas instâncias ordinárias, a ponto de ser beneficiado novamente com a suspensão do julgado.

Todavia, da rara possibilidade dos recursos especiais e extraordinários serem providos extrai-se a necessidade de dotar o sistema de instrumentos capazes de adequadamente tutelar os recorrentes, desde que demonstrem fundadas razões e estejam de fato sujeitos a danos de difícil e incerta reparação, a fim de impedir os malefícios que poderão lhes ser impostos pela decisão.

⁴⁷ MESQUITA, E. M.. **Efeito e execução provisória, uma visão atual**. In: NERY JR., N.; WAMBIER, T. A. A. (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais, v. 4. São Paulo: RT, 2000; p. 243.

⁴⁸ COVAS, S. **O duplo grau de jurisdição**. In: ARRUDA ALVIM, E. P.; NERY JR., N.; WAMBIER, T. A. A. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos. São Paulo: RT, 2000, p. 597.

⁴⁹ Idem, *ibidem*.

Assim, em situações isoladas como essas, ainda que se reconheça que “os recursos extraordinário e especial não têm efeito suspensivo”⁵⁰, é necessário que tal qualidade lhes seja conferida, mesmo que o sistema não preveja tal situação. Sobre esta necessidade:

... se a lei não pode expressar a dinâmica dos fatos sociais, não significa que a ordem normativa vigente possa ser incompatível com o direito reclamado pela sociedade, devendo os operadores do direito buscar mecanismos que aproximem o descompasso dos fatos (dinâmica) com o ordenamento regulador das relações da vida relevantes ao direito (estático), tendo por objetivo eliminar tensões, assegurando paz e segurança sociais.⁵¹

Tal possibilidade é imperativa, porque ao “sistema todo interessa a efetividade da prestação jurisdicional, isto é, interessa que as partes possam receber o resultado do processo de modo que seja possível realizar as transformações no mundo empírico que foram determinadas pela decisão judicial. Se esta decisão (em sentido amplo) não servir para isso, de nada adiantará a busca da tutela jurisdicional”⁵².

Além disso, é razoável pressupor que toda decisão em vias de ser reformada por um recurso dotado de possíveis razões tenha sua eficácia interrompida, principalmente porque a qualidade suspensiva não guarda relação direta com os instrumentos, mas com a possibilidade da decisão inquinada causar danos indevidos ao recorrente.

Inclusive, note-se, o legislador não vetou a atribuição da suspensão *ope judicis* a estas modalidades recursais, apenas estabeleceu que o efeito devolutivo seria o único em regra.

Talvez por isso se possa ver em José de Moura Rocha a alegação de que “sempre que não se indique dever o recurso ser recebido sem caráter suspensivo, é porque, implicitamente, nele encontramos tal suspensibilidade”⁵³.

⁵⁰ FERREIRA FILHO, M. C. **Comentários ao Código de Processo Civil, v. 7: do processo de conhecimento, arts. 496 a 565**. São Paulo: RT, 2001, p. 27.

⁵¹ JORGE, M. H. **Recurso extraordinário – atribuição de efeito suspensivo**. In: NERY JR., N.; WAMBIER, T. A. A. (Coord.) Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais, v. 6. São Paulo: RT, 2002, p. 411.

⁵² WAMBIER, L.R. *Op. Cit.*

⁵³ ROCHA, J. de M. **Processo de conhecimento**: (comentários condensados ao Livro I do Código de Processo Civil). Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 988.

Diante disso, “em alguns casos excepcionais, nos quais se pode verificar a possibilidade de ocorrência de lesão grave, de difícil ou incerta reparação ao recorrente, tem-se concedido efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário”⁵⁴, sendo necessário estabelecer os meios processuais adequados para que tal tutela seja adequadamente prestada.

⁵⁴ DIAS, C. W. de S. **Efeito suspensivo e juízo de admissibilidade nos recursos especial e extraordinário.** In: NERY JR., N.; WAMBIER, T. A. A. (Coord.) Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais, vol. 5. São Paulo: RT, 2001, p. 11-12.

5. A TUTELA CAUTELAR E O PROCESSO CAUTELAR NO ÂMBITO RECURSAL

Não parece haver dúvidas quanto à caracterização do efeito suspensivo como meio de tutela preventiva de danos, razão pela qual se torna mister traçar determinadas particularidades desta forma de prestação jurisdicional.

É assaz pertinente a análise dos institutos da tutela cautelar e do processo cautelar, na medida em que é preciso esclarecer que não é verdade que esta forma de tutela deva, via de regra, ser obtida por meio de um processo de mesmo nome. Além disso, cumpre também analisar os motivos pelos quais não é inteiramente correto declarar que as providências cautelares são um instrumento do instrumento, ou mesmo um direito do Estado destinado a salvaguardar os processos tidos como principais.

Foi Chiovenda quem primeiro entendeu que a jurisdição era “a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substitutividade, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva”⁵⁵. Para o mestre italiano, a atuação da lei se dava por três diferentes formas, de acordo com o provimento que resultavam, sendo elas: cognição, conservação e execução⁵⁶.

Na seqüência de seus ensinamentos, Chiovenda explicita seu entendimento acerca dos fins visados pelas ações conservativas, asseverando que são medidas “especiais, determinadas pelo perigo ou urgência” chamadas de “provisórias acautelatórias ou conservadoras, porque expedidas antes de se declarar a vontade concreta da lei que nos garante um bem, ou antes de se realizar a sua atuação, para garantia de sua futura atuação prática”⁵⁷.

Tais medidas provisórias, no entender de Chiovenda, seriam “uma efetiva vontade de lei, mas uma vontade consistente em garantir a atuação de outra suposta vontade de lei”⁵⁸.

⁵⁵ CHIOVENDA, G. *Op. cit.*, vol II, p. 3.

⁵⁶ *Idem*, *ibidem*, [vol I: Os conceitos fundamentais – A doutrina das ações]. p. 34.

⁵⁷ *Idem*, *ibidem*, p. 272.

⁵⁸ *Idem*, *ibidem*, p. 274.

A seu modo, Carnelutti, formulador da tese de que “il processo si fa per la giusta composizione della lite”⁵⁹, diferenciou os processos de execução e cognição do cautelar, asseverando que seriam aqueles definitivos e estes provisórios e que o processo cautelar não teria como fim imediato compor o litígio, o que seria sua finalidade mediata, mas garantir o desenvolvimento ou o resultado de outro processo distinto,⁶⁰ de maneira que, no entender deste doutrinador, cautelar “se chama o processo que, em lugar de ser autônomo, serve para garantir (constitui uma cautela para) o bom final de outro processo (definitivo)”⁶¹.

Em função destes entendimentos, extrai-se dos ensinamentos de Carnelutti que este doutrinador acreditava existir objetos distintos entre os processos definitivos (de execução e de conhecimento) e os provisórios (cautelar), tanto que o Professor Alcides Munhoz da Cunha reconhece que o ilustre processualista italiano supunha haver naqueles “um objeto de direito material, a lide, a relação jurídica conflituosa deduzida em juízo, aspirando à definição (certeza ou presunção de direitos) ou realização do próprio direito material (execução)” e, “no cautelar, uma lide ou um objeto de direito processual, a tutela do processo definitivo”.⁶²

Calamandrei, sob a influência de ambos aqueles doutrinadores italianos, registrou que as providências cautelares nascem “al servicio de una providencia definitiva, con el oficio de preparar el terreno y de aprontar los medios más aptos para su éxito”⁶³.

Em seu estudo, Calamandrei buscou tratar as providências cautelares pela característica da instrumentalidade, pois entendia o mestre florentino que esta forma de tutela “no tiene, en cambio, conexión con el modo de formación da providencia”, mas com seu objeto, “o, podría decirse, con la finalidad de la providencia”⁶⁴, cujo interesse

⁵⁹ CARNELUTTI, F. **Sistema di diritto processuale**. Padova: Cedam, 1936, p. 247.

⁶⁰ Idem. **Instituições do processo civil**. Tradução: Adrián De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999, p. 133.

⁶¹ Idem, *ibidem*, p. 134.

⁶² CUNHA, A. M. **Comentários ao Código de Processo Civil, v. 11: processo catelar, arts. 796 a 812**. São Paulo: RT, 2001, p. 99-100.

⁶³ CALAMANDREI, P. **Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares**. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, p. 44.

⁶⁴ Idem, *ibidem*, p. 39-40.

surge não apenas pela urgência, mas pela falta de aptidão do processo dito ordinário para criar uma providência definitiva⁶⁵.

Por conta disso, asseverou Calamandrei que as providências cautelares seriam sempre provisórias, pois visariam apenas atender à necessidade de celeridade ao extirpar o risco de dano, não à ponderação, a qual seria atingida “en las reposadas formas del proceso ordinario”⁶⁶.

Assim, concluiu que as medidas cautelares permitem “de este modo al proceso ordinario funcionar con calma, en cuanto aseguran preventivamente los medios idóneos para hacer que la providencia pueda tener, al ser dictada, la misma eficacia y el mismo rendimiento *práctico* que tendría si se hubiese dictado inmediatamente”⁶⁷.

Firmado seu posicionamento, nestes termos gerais, Calamandrei assinalou que o mote diferenciador das providências cautelares seria a instrumentalidade, muito embora qualificada, segundo raciocínio assim redigido:

Hay pues, en las providencias cautelares, más que la finalidad de actuar el derecho, la finalidad inmediata de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva que servirá a su vez para actuar el derecho. La tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela mediata: más que a hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia. Si todas las providencias jurisdiccionales son un instrumento del derecho sustancial que se actúa a través de ellas, en las providencias cautelares se encuentra una instrumentalidad cualificada, o sea elevada, por así decirlo, al cuadrado; son, en efecto, de una manera inevitable, un medio predispuesto para el mejor éxito de la providencia definitiva, que a su vez es un medio para la actuación del derecho; esto es, son, en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, instrumento del instrumento.⁶⁸

A aceitação das idéias de Carnelutti e Calamandrei favoreceu a aceitação das providências cautelares enquanto atividades jurisdicionais, uma vez que tal função seria exercida, “*ainda que mediata ou reflexa, sobre o direito subjetivo ou o direito material que aspira atuação definitiva no processo principal*”⁶⁹.

E o renomado Professor Alcides Munhoz da Cunha explicita seu entendimento:

⁶⁵ Idem, *ibidem*, p. 43.

⁶⁶ Idem, *ibidem*, p. 43-44.

⁶⁷ Idem, *ibidem*, p. 44.

⁶⁸ Idem, *ibidem*, p. 45.

⁶⁹ CUNHA, A. M. *Op. cit.*, p. 106. [Grifo do autor].

A diversidade de escopo da função cautelar (tutela imediata do processo principal e tutela coadjuvante, mediata, quanto à atuação do direito material) é que forjou a autonomia funcional e residual da tutela cautelar, fundada, curiosamente, nas características da acessoriedade ou dependência da função em relação aos processos de conhecimento e de execução, pois, sem esta relação *ad coadjuvandum* de complementaridade, restaria sem explicação a jurisdicionalidade.⁷⁰

E como “se tratava de uma tutela assim peculiar, distinta, inconfundível com as tutelas cognitiva e executiva, também pela característica essencialmente provisória dos seus provimentos que se comprazem com um juízo de verossimilhança (*fumus boni iuris*), diante de uma situação de urgência reportada ao *periculum in mora* (ou *periculum damnum*), foi situada como *tertium genus*”⁷¹.

De fato, analisando as obras de Carnelutti e Calamandrei, Liebman formulou a idéia de que o processo cautelar seria um *tertium genus* “a quello di cognizione ed a quello di esecuzione ed è caratterizzato dalla sua funzione strumentale, ausiliaria, nei confronti di un processo principale, del quale mira a garantire la proficuità dei risultati, nei casi ammessi dalla legge”⁷².

Ao contrário de Calamandrei, Liebman entendia ser impossível distinguir, no âmbito da tutela cautelar, um processo de cognição e um processo de execução, pois as fases “e il momenti in cui l’organo conosce e quelli in cui eseguisce si seguono, senza soluzione di continuità, in un único procedimento, che è perciò, almeno nella generalità dei casi, um procedimento misto di cognizione e d’esecuzione: conta soprattutto rivelare che si tratta sempre di um procedimento único tendente direttamente in atto la cautela”⁷³.

Na verdade, a distinção partiu de Chiovenda, para quem o processo cautelar seria um terceiro tipo de tutela, sendo que esta divisão tripartida das ações “pone en claro la existencia de una función cautelar (‘conservación’)”⁷⁴, como observou o próprio Calamandrei.

⁷⁰ Idem, ibidem.

⁷¹ Idem, ibidem, p. 106-107.

⁷² LIEBMAN, E. T. **Unità del procedimento cautelare**. In: Rivista di Diritto Processuale, Padova, vol. IX, parte I, 1954, p. 254.

⁷³ Idem, ibidem, p. 248.

⁷⁴ CALAMANDREI, P. *Op. cit.*, p. 35.

Isto porque, na verdade, “CARNELLUTTI e CALAMANDREI advertiam que se tratava de uma autonomia baseada apenas no critério funcional”, tendo em vista que esta forma de tutela “desenvolvia-se através de técnicas procedimentais peculiares aos processos de cognição (*notio*) ou de execução (*imperium*)”.⁷⁵

Calamandrei, inclusive, questionou os critérios segundo os quais os procedimentos conservativos seriam um *tertium genus*, declarando que tal distinção não se pautava pelos mesmos termos com se que se diferenciavam as ações de cognição das de execução, conforme se transcreve a seguir:

... las providencias cautelares no constituyen un *tertium genus*, que se pueda contraponer en el mismo plano lógico a las providencias de cognición y las de ejecución, de modo que, al calificar una providencia como *cautelar*, se excluya con esto que la misma sea declarativa o ejecutiva; sino que constituyen una categoría formada a base de un carácter de diferenciación, que es diverso del carácter por el cual las providencias de cognición se distinguen de las de ejecución, por lo que la calificación de cautelar dada a las providencias de este grupo no excluyen que cada una de ellas pueda, a base de un criterio diverso de clasificación, aparecer como perteneciente a las providencias de cognición o a las de ejecución. Quien, sin esta necesaria advertencia, quisiera hacer una división tripartida de las providencias jurisdiccionales en declarativas, ejecutivas, y cautelares, haría una clasificación ilusoria por heterogeneidad de los términos, como quien dijera, por ejemplo, que los seres humanos se dividen en hombres, mujeres y europeus.⁷⁶

Ocorreu que, enquanto das lições de Carnelutti e Calamandrei se extraía apenas a idéia da autonomia funcional da tutela cautelar, posto que se desenvolvia “através de técnicas procedimentais peculiares aos processos de cognição (*notio*) ou de execução (*imperium*)”, à partir de Liebman se pode “evidenciar a autonomia estrutural do processo cautelar”, como terceiro gênero de processo.⁷⁷

Ovídio Baptista, a seu modo, alega que a idéia de Liebman decorre das concepções de Chiovenda e de Carnelutti, entendendo que:

O motivo determinante desta radicalização que acabou legitimado na doutrina, e consagrando em disposições legislativas, a formação de um *tertium genus* representado pelo processo cautelar provém da exasperação do conceito de sentença como o ato final por meio do qual se encerra o procedimento, acolhendo ou rejeitando a demanda (CHIOVENDA, *Instituições de*

⁷⁵ CUNHA, A. M. *Op. cit.*, p. 107.

⁷⁶ CALAMANDREI, P. *Op. cit.*, p. 191.

⁷⁷ CUNHA, A. M. *Op. cit.*, p. 107-110.

direito processual civil, v. 3, n. 391) e, por tal meio, realizando a *composição da lide*, como dizia CARNELUTTI.

(...)

Isso explica a assertiva de LIEBMAN de que uma ‘pronúncia’ do juiz, ou uma ‘atividade material’ como seria a de apreensão e depósito do bem seqüestrado, não caracteriza um processo de conhecimento, nem, por outro lado, esta última caracteriza um processo de execução.

É que na ‘pronúncia’ cautelar ‘lo scopo dell’atto finale’ não é capaz de *declarar* a existência ou inexistência do direito do requerente. Logo, não há, no processo cautelar, *verdadeiro conhecimento*, porque, para a doutrina, ‘conhecer’ é declarar, com força de coisa julgada (...) dado que a lide somente poderá ser composta quando essa composição for definitiva. A composição *provisória* não compõe efetivamente a lide.”⁷⁸

Sobreleva notar, então, que a partir da concepção de Liebman, foi estabelecida a autonomia estrutural do processo cautelar, como *tertium genus* em razão da indivisibilidade do interesse de agir e à unidade da ação cautelar.⁷⁹

A importância da presente análise se dá em virtude das influências destas teorias no direito processual civil brasileiro, resultando em opções legislativas muito relevantes ao presente estudo da matéria cautelar.

Em razão das concepções dos mestres italianos, o Código de Processo Civil dotou o processo cautelar da mais evidente autonomia, tendo sido disposto de maneira independente no Livro III do *Códex* “porque é um *tertium genus*, que contém a um tempo as funções do processo de conhecimento e de execução”⁸⁰.

Todavia, pode-se sustentar que a autonomia que se pretendeu difundir não é autêntica, ou melhor, é uma autonomia de segunda classe, pois os dispositivos reguladores do processo cautelar tratam da sua acessoriedade, o que evidencia a incongruência do sistema.

Ora, logo no artigo 796 da Codificação se determina que o procedimento cautelar é sempre dependente do principal e, em seguida, o artigo 809 do CPC impõe o apensamento dos autos da cautelar a outro, também tido como principal. Sem olvidar, contudo, do disposto no artigo 808, I e III, segundo os quais cessa a eficácia da medida assecuratória de acordo com o futuro dado ao processo que visa resguardar.

⁷⁸ BAPTISTA DA SILVA, O. **Curso de Processo Civil: processo cautelar**, vol. 3, 5. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 24-25.

⁷⁹ CUNHA, A. M. *Op. cit.*, p. 109-110.

⁸⁰ Cf. BUZAID, A. **Exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973**, Capítulo IV, parágrafo 11.

Tais dispositivos logram a crença de que se trata de um processo autônomo, uma vez que acessoriedade e apensamento são termos antagônicos ao de autonomia, de maneira que as medidas cautelares, ao menos no Brasil, foram mantidas como mero apêndice dos processos principais.

Mas, ainda que haja resistência, não se pode confundir a tutela cautelar com as demais vias processuais, pois é evidente que a tutela de urgência é distinta das tutelas cognitiva e executória e, assim, não há como fugir à conclusão de que se trata de uma terceira forma de prestação jurisdicional.

Isto já era do entendimento de Pontes de Miranda há anos, para quem “a ciência revelou que a pretensão à tutela jurídica, à segurança, é diferente e inconfundível com a pretensão à constituição ou execução”⁸¹, e este brilhante doutrinador sustentou inclusive que “o acentuar-se o laço acessório a principal tem levado a alguns erros legislativos, interpretativos e de prática judicial”⁸².

Outra crítica feita por este grande jurista se dá em função da concepção advinda das teorias de Calamandrei e Carnellutti, segundo as quais a função cautelar seria um instrumento a serviço do processo principal, uma vez que, tal como se extrai de sua obra:

Não há, propriamente, provisoriedade na decisão que neles se profere; há cautela, segurança. Por isso mesmo, é erro dizer-se que são sempre instrumentos a serviço de providência final, ou que preparam pura eficácia de decisão definitiva. A confusão em juristas que dizem isso, repetindo processualistas italianos, é de lamentar-se profundamente, porque se toma por preparatório o que previne, e não prepara. O que prepara põe, antes, o mesmo (praeparare, cf. comparare). O que previne chega, antes, de algo distinto (praevenire, cf. convenire).⁸³

Do que restou enunciado, o entendimento de que a tutela cautelar seria um instrumento do instrumento e que, por isso, seria uma ação de direito processual, exercitável em apartado do processo ordinário, é incompatível com a realidade forense e com a verdadeira natureza desta atuação da jurisdição.

⁸¹ PONTES DE MIRANDA. **Comentários...**, t. XII, p. 6.

⁸² *Idem*, *ibidem*.

⁸³ *Idem*, *ibidem*, p. 7-8.

Como anotou Alcides Munhoz da Cunha, “a concepção de Chiovenda sobre a função cautelar, (...), foi decapitada na sua parte mais criativa pela construção de Calamandrei e seus seguidores, os quais, apenas formalmente, externamente, parecem aderir ao sistema *chiovendiano*”⁸⁴.

Acontece que a concepção de que a função cautelar possui instrumentalidade qualificada foi amplamente difundida entre os estudiosos brasileiros, entre os quais José Carlos Barbosa Moreira que assegura que a função cautelar é “duplamente instrumental”⁸⁵ e se destina “a assegurar a eficácia prática daquilo que se faça ou se queira fazer nos dois outros campos: no campo cognitivo e no campo executivo”⁸⁶, e Teresa Arruda Alvim, para quem as medidas cautelares “visam a prevenir, a evitar, o possível malogro do processo principal, criando condições para que o teor do mandado contido na sentença possa ter, no plano concreto, prático e palpável, eficácia”⁸⁷.

Todavia, conforme nos ensina o prestimoso e eloqüente Professor desta Nobre Casa, é preciso bem entender que para Chiovenda, o direito à proteção cautelar “se qualifica como um direito potestativo e não propriamente um direito subjetivo à obtenção de providências cautelares”, mas sim de “*um poder geral de requerer judicialmente a cautela, o qual emana diretamente do direito objetivo e que não teria sequer necessidade de ser explicitado*”.⁸⁸

E este mesmo doutrinador dá prestimosa lição através da releitura que faz do maestro italiano:

Para se bem entender essa qualificação, é preciso conhecer o significado de direito potestativo consoante a peculiar terminologia de CHIOVENDA.

O direito objetivo, dizia ele, corresponde a uma vontade geral da lei, ou seja, a toda norma geral, abstrata e hipotética, condicionada à verificação de certos fatos, para o fim de regular a atribuição dos bens de vida aos diferentes sujeitos jurídicos. Por outro lado, o direito subjetivo, tanto quanto o direito potestativo, resolvem-se em uma vontade concreta da lei, notadamente no plano material, nascida da verificação do fato ou fatos previstos na norma. O direito subjetivo

⁸⁴ CUNHA, A. M. *Op. cit.*, p. 215-216.

⁸⁵ BARBOSA MOREIRA, J. C. **A efetividade do processo de conhecimento**. In: Revista de Processo, São Paulo, n. 74, ano 19, abr./jun. 1994, p. 127.

⁸⁶ *Idem*, *ibidem*, p. 127.

⁸⁷ ARRUDA ALVIM, T. **Medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso**. In: Revista de Processo, São Paulo, n. 74, ano 19, abr.-jun. 1994, p. 122.

⁸⁸ CUNHA, A. M. *Op. cit.*, p. 212.

tende a realizar-se, preferencialmente, de modo espontâneo, através do cumprimento de uma prestação, seja em face de relações obrigacionais ou reais, seja em face de direitos absolutos ou relativos. Se há risco de não se efetivar espontaneamente a prestação ou se esta falha, surge o risco de lesão ou então lesão propriamente dita, sendo que o efeito pretendido (de direito material normalmente) deverá ser buscado, alternativamente, no processo onde, independentemente do cumprimento da prestação, através da ação (*ação de direito material, para CHIOVENDA*), que se compraz com qualquer meio juridicamente admissível para obter o resultado, será possível obter o efeito querido pelo direito material. O direito potestativo, por sua vez, que não tem por pressuposto a existência de prestação ou obrigação para a obtenção de determinado efeito jurídico, tende a realizar-se nos casos concretos pelo simples exercício do poder jurídico de que é investido um sujeito pelo direito objetivo, para influir com sua manifestação de vontade sobre a condição jurídica de outro, independentemente do concurso de vontade deste. Trata-se de um poder de sujeição, que não depende de prestação e que por isso não comporta tecnicamente lesão. (...). Embora não dependente de prestação, o direito potestativo também tende a se realizar diretamente fora do processo. Casos há entretanto em que, pela natureza das coisas, ou porque o direito assim quis, o efeito somente pode ser buscado através do processo”.⁸⁹

Desta feita, este renomado Professor assegura que, “realmente, na terminologia de CHIOVENDA, ação não se confunde com o conceito dogmático e meramente processual da ação, como sendo o direito de exigir tutela jurisdicional do Estado”, mas de a exigir contra o adversário, pois “corresponderia a um direito potestativo de situar uma *res deducta* no processo, o que confere ao seu titular o poder de sujeitar o adversário como réu para o conseguimento de determinado efeito jurídico que não foi possível obter pela ação humana, física, pela ação material, fora do processo”.⁹⁰

Tal concepção *chiovendiana* encontrou ecos na doutrina brasileira, notadamente com Pontes de Miranda⁹¹ e Ovídio Baptista, tendo este último preceituado:

La cuestión de la existencia de una pretensión a la seguridad, implícita en todo el ordenamiento jurídico estatal, es una contingencia lógica derivada de la idea de monopolio de la jurisdicción. La prohibición de la defensa privada que, como se sabe, no sólo acompaña sino que en realidad plasmó el Estado moderno, genera para la función jurisdiccional una alternativa siempre que el Estado, para cumplir su deber de prestar jurisdicción, se encuentre ante una situación de emergencia, donde la necesidad de una tutela inmediata le impida averiguar, adecuada y serenamente, la verdadera condición del demandante que se afirme titular del derecho amenazado de sufrir daño inminente. Siempre que la urgencia reclame una respuesta jurisdiccional inmediata, se crea la alternativa entre proteger la simple apariencia del derecho o, entonces, si la organización estatal no fuere capaz de renunciar a las demoradas estructuras de la jurisdicción común, no habrá otro remedio sino asistir al perecimiento del derecho, colocado

⁸⁹ CUNHA, A. M. *Op. cit.*, p. 212-213.

⁹⁰ *Idem*, *ibidem*, p. 214.

⁹¹ PONTES DE MIRANDA. **Comentários...**, t. XII, p. 14.

bajo la amenaza de daño inminente, y recomendar a su titular el sucedáneo de la subsecuente indemnización por pérdidas y daños”.⁹²

O estranho é que mesmo os defensores de a função cautelar ser um instrumento do instrumento não negam a existência de um direito geral de cautela, tal como Liebman, que asseverou que “le azioni cautelari sono *tipiche* e non si possono chiedere provvedimenti cautelari diversi da quelli espressamente prestabiliti dalla legge, nè in casi diversi da quelli per ciascuno di essi previsti”⁹³, já havia reconhecido que alguns pressupostos estabelecidos pela lei servem para “l’esercizio del potere cautelare del giudice”⁹⁴.

Também Galeno Lacerda, o qual assegura que o processo cautelar não possui “uma finalidade *stante a se*” em virtude do interesse deste tipo de tutela ser o de garantir o resultado útil do processo tido como principal, reconhece que “existe, sim, um direito subjetivo material à segurança”⁹⁵, e Calmon de Passos, apesar de entender que “o que se previne e resguarda aqui, não é o bem da vida a ser atribuído a alguém, segundo o direito material, mas a própria tutela jurisdicional, posta sob o risco ou perigo de se frustrar em sua efetividade ou em seu alcance”, também não ignora existir uma “pretensão à segurança”⁹⁶.

Desta forma, se não há discussão acerca da existência ou não de um direito material à segurança, o qual é reconhecido por ambas as correntes, a controvérsia se restringe ao fato de saber se a tutela cautelar tem como função garantir este direito ou garantir a eficácia do processo principal.

Ora, se a pretensão “é posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação”⁹⁷ em razão de um direito subjetivo, a oposição a esta pretensão gera a

⁹² BAPTISTA DA SILVA, O. **Teoría de la acción cautelar**. Porto Alegre: Fabris, 1993, p.96-97.

⁹³ LIEBMAN, E. T. **Manuale di diritto processuale civile**, 2. ed., t. I. Milano: Dott. A. Giufrè Editore, 1957, p. 93.

⁹⁴ Idem, *ibidem*, p. 92.

⁹⁵ LACERDA, G. **Comentários ao código de processo civil**, vol. VII, t. I. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 50 *et seq.*

⁹⁶ CALMON DE PASSOS, J. J. **Comentários ao código de processo civil**, vol. X, t. I. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 45 e 53.

⁹⁷ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**, t. V. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 451.

hipótese da ação de direito material, que, diante da proibição do exercício arbitrário das próprias razões, encontra a ação de direito processual como contrapartida oferecida pelo Estado, o qual tem a incumbência de “conferir ao cidadão o mesmo resultado que se verificaria caso o agir privado (a ação de direito material) não estivesse proibido”⁹⁸.

Por este raciocínio, sendo reconhecida a existência de um poder geral de cautela, desde que um direito se encontre sob ameaça de dano, não podendo o seu titular se valer da respectiva ação de direito material, neste caso cautelar,⁹⁹ obviamente que ao Estado incumbe intervir no sentido de resguardar este direito material através da tutela cautelar, a qual se presta, portanto, a proteger o direito material à segurança e não o processo dito principal.

Em face destas ponderações, é importante lembrar que o ilustre Professor Luiz Guilherme Marinoni já asseverava que “a tutela cautelar tem por fim assegurar uma pretensão”¹⁰⁰, e Ovídio Baptista também entende que “a tutela cautelar, portanto, protege o direito e não o processo”, de maneira que o mestre gaúcho não recusa a natureza instrumental das cautelares, apenas sua qualificação como instrumento do instrumento.¹⁰¹

Foi a interpretação do processo como o direito à justa composição da lide, como Carnelutti entendia, ou seja, como direito a uma sentença definitiva, é que possibilitou a conclusão de que a função cautelar seria instrumento do processo ordinário.

Pode-se perceber a forte influência da doutrina de Carnelutti sobre Calamandrei quando este assevera em sua obra que “En sede cautelar el juez debe en general establecer la certeza (...) de la existencia del temor de daño jurídico”¹⁰² e que declarar “la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal: en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil”¹⁰³.

⁹⁸ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. **Manual...**, p. 67.

⁹⁹ PONTES DE MIRANDA. **Comentários...**, t. XII, p. 72-73.

¹⁰⁰ MARINONI, L. G. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: RT, 1992, p. 58.

¹⁰¹ BAPTISTA DA SILVA, O. **Curso...**, p. 54.

¹⁰² CALAMANDREI, P. *Op. cit.*, p. 76-77.

¹⁰³ *Idem*, *ibidem*, p. 77.

Assim, seguindo o raciocínio unitarista, Calamandrei não poderia mesmo ter concebido que a declaração da vontade concreta da lei pudesse ser obtida mediante as cautelares.

Assim, como esta vontade somente poderia ser obtida através do processo dito principal, tornou-se razoável concluir que as providências cautelares visariam resguardar este tipo de processo, sem o qual a jurisdição não seria prestada.

Tal constatação é retirada das lições do Professor Alcides Munhoz da Cunha, o qual informa:

Realmente, se a jurisdição existia para a tutela de direitos em situações de conflito, estava suficientemente explicada a jurisdicionalidade das funções cognitiva (exauriente e sumária) e executiva que atuam certificando, presumindo e realizando praticamente o direito em conflito. Todavia, a constatação de que a função cautelar atua temporariamente ou provisoriamente, quando ainda não se sabe se o direito acautelado realmente existe, dificultava o enquadramento e a conseqüente demonstração de que a função cautelar correspondia realmente a uma função processual de tutela de direitos nos casos concretos.¹⁰⁴

Mas, embora seja possível tutelar direitos materiais sem um processo, é certo que somente é possível ingressar nos Tribunais Superiores através dos instrumentos recursais próprios, ou seja, preciso de um processo para isso. O que não é acertado admitir, todavia, é que seja imprescindível um processo cautelar para preservar o direito material à segurança decorrente das questões veiculadas naqueles recursos.

Tal concepção deve ser reprochada, pois, conforme Pontes de Miranda sabiamente constatou, as medidas cautelares do Livro III do Código de Processo Civil “não são normas jurídicas processuais, mas sim regras jurídicas de direito material heterotopicamente metidas na legislação processual”¹⁰⁵, ou seja, o que o Terceiro Livro regula são direitos de ordem material, os quais poderiam ser tutelados por qualquer dos outros tipos de processo.

Com entendimento semelhante, Salvatore Satta asseverou que “a função cautelar poderia ter sido concebida em sua plenitude como um poder do juiz,

¹⁰⁴ CUNHA, A. M. Op. cit., p. 93.

¹⁰⁵ PONTES DE MIRANDA. **Comentários...**, t. XII, p. 499.

coordenado ao exercício da jurisdição, sem a necessidade de se cogitar de ação, pretensão e lide cautelar que viesse a integrar um organismo processual peculiar”¹⁰⁶.

Além do que, se é reconhecida a existência de uma pretensão de direito material à cautela, não há que se pensar que é indispensável que o Estado ofereça como contrapartida à proibição da justiça privada uma pretensão de direito processual cautelar, como se fosse preciso um processo cautelar distanciado do ordinário para se acautelar um direito, o qual não teria “conteúdo de ação, mas de mero incidente processual, pois o juiz não decidiria propriamente uma demanda – que haveria de ter um pedido, uma resposta, uma fase instrutória, uma sentença -, senão que daria disciplina a um incidente da lide”¹⁰⁷.

Desta forma, em se tratando o direito à segurança de um direito material decorrente de uma situação de urgência, a qual pode advir tanto da ameaça a um direito material regulado tanto pelo processo de conhecimento como de execução, é forçoso conceber o cabimento da cumulação de pedidos cautelares nos processos ordinários.¹⁰⁸ Isto porque a possibilidade de cumulação trata de uma técnica de relativização da ordinarização “no âmbito do próprio procedimento comum, acabando com o isolamento das funções processuais e assumindo o valor de técnica geral, aplicável em situações em que ocorra pedido de tutela cautelar”.

Tal idéia é fundamentada através dos dispositivos processuais dos artigos 273, I,¹⁰⁹ e 461, § 3º,¹¹⁰ ambos do Código de Processo Civil, os quais não impedem

¹⁰⁶ SATTA, S. **Diritto processuale civile**. Padova: Cedam, 1957, p. 575. Apud CUNHA, A. M. Obr. cit., p. 209.

¹⁰⁷ SANT’ANNA, P. A. S. **Novos contornos do instituto da tutela antecipada e os novos paradigmas do sistema processual civil (Lei 10.444/2002)**. In: Revista de Processo, São Paulo, n. 112, ano 28, out-dez, 2003, p. 110-111.

¹⁰⁸ CUNHA, A. M. Op. cit., p. 390.

¹⁰⁹ “Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, inexistindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; (...).”

¹¹⁰ Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica d obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultada prático equivalente ao do adimplemento.

(...)

“obviamente a antecipação parcial ou a decretação de medidas apenas conservativas ou equivalentes à satisfação específica, tendo em vista a intrínseca fungibilidade das providências cautelares”¹¹¹.

É notória a possibilidade da fungibilidade permitida pelo § 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil, segundo o qual, “se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

Sendo assim, se a tutela antecipada é buscada dentro do processo de natureza ordinária, obviamente que a permissão da fungibilidade permite que as providências cautelares de urgência sejam concedidas independentemente de um processo cautelar e, inclusive, no próprio processo principal, em caráter incidental.

Além disso, esta possibilidade exemplificada pelo dispositivo em comento dá azo a uma série de conseqüências benéficas aos jurisdicionados, vez que a concentração dos atos em um único procedimento não apenas resulta em maior celeridade como também em economia às partes, que não mais terão que estabelecer nova relação jurídica com um processo acautelatório distinto e cujo trâmite se dará em apenso, tornando-se dispensável a duplicidade de atos processuais.

Outra hipótese bastante recorrente de cumulação de providências cautelares no âmbito dos processos ordinários é a que possibilita a decretação da indisponibilidade dos bens dos réus nas ações decorrentes de atos de improbidade administrativa, nos termos dispostos no artigo 17¹¹² da Lei 8.429, de 02 de junho de 1.992 – Lei de Improbidade Administrativa.

Inclusive, ao comentar este dispositivo de lei, Theotônio Negrão sustentou, com fundamento em julgado do Superior Tribunal de Justiça, entendimento semelhante ao

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

(...).”

¹¹¹ CUNHA, A. M. Op. cit., p. 484.

¹¹² “Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.”

aqui aduzido, afirmando que “é possível a decretação de indisponibilidade dos bens do réu na ação civil pública por improbidade administrativa, independentemente de ação cautelar autônoma. Todavia, o ajuizamento da ação não é suficiente para o deferimento dessa medida, sendo indispensável o ‘fumus boni iuris’ e o ‘periculum in mora’ (STJ-2ª Turma, REsp 469.366-PR, rel. Min. Eliana Calmon, j. 13.5.03, ...).”¹¹³

Este “enxugamento” do procedimento, ou mesmo a relativização da ordinariiedade do processo – em razão da qual as funções jurisdicionais foram isoladas – tem se revelado uma preocupação atual dos operadores jurídicos em geral, podendo também ser citado o exemplo do Projeto de Lei nº 3.253/2004, que se encontra em trâmite nas Casas Legislativas e que tem, em seu texto originário, ao menos, a intenção de suprimir a instauração do processo de execução nos casos de título judicial.

Visando acabar com a duplicidade de discussões a respeito do mérito de uma idêntica demanda, os formuladores do Anteprojeto de Lei expuseram entre seus motivos que “a ‘efetivação’ forçada da sentença condenatória será feita como etapa final do processo de conhecimento, após um *tempus iudicati*, sem necessidade de um ‘processo autônomo’ de execução”, sendo que, ao arrematar suas razões, os integrantes do Instituto Brasileiro de Direito Processual asseveraram que, se o Projeto for aceito, “estará o Brasil adotando uma sistemática mais célere, menos onerosa e mais eficiente às execuções de sentença que condena ao pagamento de quantia certa”.

Inclusive, Galeno Lacerda corrobora esta necessidade de ser primada pela economia processual, embora acreditando tratar-se de ações continentais por existir uma única lide entre os processos cautelar e principal, justifica sua afirmação em função do bom senso, entendendo um formalismo desnecessário a duplicidade de demandas praticamente idênticas.¹¹⁴

Ademais, o pleito acautelatório através do processo principal evitaria a incongruência que atualmente se verifica na prática do foro, em que ambos os processos, principal e cautelar, são julgados concomitantemente, tendo como

¹¹³ NEGRÃO, T; GOUVÊA, J. R. F. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**, 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 1.587.

¹¹⁴ LACERDA, G. **Processo cautelar**. In: Revista de Processo nº 44, out-dez, 1986, p. 193-194.

consequência a prolação de duas decisões incompatíveis: uma declarando o direito como certo e a outra como provável.

Por estas razões, não preciso de um processo cautelar para obter uma tutela cautelar e, através dela, colimar a almejada conservação do bem da vida. Tal concepção se apresenta muito importante, na medida em que a atribuição de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário é uma providência cautelar, por garantir a incolumidade do direito do recorrente, não sendo de todo correto que este fim seja obtido unicamente por meio das medidas cautelares inominadas.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart já diziam que “o uso da cautelar, para suspender os efeitos da decisão objeto do recurso e para impugnar o seu indevido trancamento, tem nítido sabor recursal”¹¹⁵, o que parece encontrar sêara bastante receptiva no raciocínio aqui desenvolvido, de que a suspensão poderia ser requerida no bojo da própria impugnação, haja vista possibilitar meio mais adequado para a prestação jurisdicional aqui apregoada.

Ora, vale também lembrar que tal expediente é bastante usual no manejo dos agravos de instrumento contra interlocutórias de primeira instância, nos quais deixa-se ao arbítrio dos julgadores dos colegiados a faculdade de se atribuir ou não a eficácia suspensiva, o que é feito independentemente da utilização de sucedâneos recursais, ou seja, no corpo do próprio recurso, sem que isto seja execrado pela doutrina.

Assim, diante das idéias que foram desenvolvidas, entende-se que a atribuição de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário poderia se dar independentemente de um processo cautelar, mas mediante apreciação de pedido devidamente fundamentado no corpo da própria impugnação recursal, em atenção à economia, coerência e tempestividade processual.

De outro pólo, a idéia aqui apregoada atenderia aos entendimentos jurisprudenciais dos Tribunais Superiores, uma vez que o pedido de tutela urgente seguiria sempre a sorte dada aos recursos especial e extraordinário.

Tal como se infere do entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal, é assente que “não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar

¹¹⁵ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. **Manual...**, p. 650.

para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem" (Súmula 634-STF) e que "cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade" (Súmula 635-STF). Ora, tais entendimentos seriam plenamente respeitados, pois o pedido cautelar formulado no corpo ou nos próprios autos do recurso seria sempre apreciado pelo órgão em que se encontra o recurso, de maneira condizente com o que o próprio Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

AÇÃO CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL PENDENTE DE ADMISSIBILIDADE PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SÚMULAS N.º 634 E 635 DO STF. DEFICIÊNCIA NA INSTRUÇÃO DA CAUTELAR IMPOSSIBILITANDO A COMPREENSÃO DA CONTROVÉRSIA.

1. A Medida Cautelar de competência originária do STJ tem como finalidade dar efeito suspensivo a recurso especial interposto, se caracterizados o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.
2. Compete ao Tribunal de origem a apreciação de pedido de efeito suspensivo a recurso especial pendente de admissibilidade. Incidência dos verbetes sumulares n.ºs 634 e 635 do STF (Súmula 634 – “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem” ; Súmula 635 – “Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade”).
3. A deficiência na instrução da cautelar impossibilita a compreensão da controvérsia, obstando, *in casu*, averiguar se a multa foi imposta ao requerente por terem sido considerados os embargos protelatórios (art. 538, parágrafo único, do CPC) ou por litigância de má-fé, que possui regramento diverso (arts. 17 e 18, do CPC).
4. Medida cautelar improcedente.¹¹⁶

Destarte, nos momentos em que for dado seguimento ao apelo extremo, ocasião em que é exaurida a competência do órgão *a quo* e iniciada a da Corte *ad*

¹¹⁶ STJ, MC 7812/SC, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, DJU 25.10.2004, p. 212.

quem, é certo que o pedido de cautela pode ser formulado diretamente no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, podendo também ser feito “dentro” dos autos dos recursos que estiverem em trâmite naqueles Sodalícios, segundo interpretação *mutatis mutandi* da jurisprudência colacionada.

6. CONCLUSÃO

Por tudo o que restou exposto, verifica-se que a tutela de urgência no âmbito recursal merece ser analisada sob a influência daqueles que um dia ousaram sobrepor a Justiça à lei, já que as situações de perigo a que um litigante possa estar sujeito muitas das vezes fogem à previsão legal, ou, em pior análise, sofre com a influência de textos normativos que não acompanharam a evolução dos direitos, não servindo mais à efetivação da adequada e melhor prestação jurisdicional.

Por conta disto, é necessário quebrantar a concepção de que os recursos especial e extraordinário não servem à justiça, como se fossem mero instrumento de integração normativa e, por conta disto, devessem tramitar à margem do resguardo dos direitos dos litigantes que se encontram sob grave risco, tão somente porque devesse o julgador recebê-los como ditado pela norma jurídica.

As novas lições doutrinárias, muitas delas transcritas no intróito, dão conta de que a prestação jurisdicional não deve ser regulada apenas por normas e conceitos, mas pelo anseio geral de que a tutela, além de tempestiva, deve ser melhor, e isto importa em incrementar a vontade pretérita do legislador e temperá-la com a necessária efetividade, sem que isto importe, por obviedade, no império da insegurança, mas sim em tutelar os litigantes exatamente naquilo a que têm direito.

Desta maneira, é preciso rever posicionamentos ultrapassados como o da suspensão *ex lege*, em função da qual permanece expresso nas normas processuais o descrédito que ainda se tem pelos julgadores, segundo uma crença pautada em simples garantismo daquele que não tem razão. Se é de comum senso que o ônus do tempo do processo deve ser atribuído àquele que não conseguiu demonstrar seu direito, é evidente que o efeito suspensivo imposto pela lei é incompatível com a sistemática que se pretende dotar o Direito Processual Civil e, portanto, merece a devida revisão pelo legislador.

Outrossim, se é inconteste a existência de um direito material à segurança, em função do qual nenhuma lesão ou ameaça de lesão será excluída do Poder Judiciário (artigo 5º, XXXV, da Constituição da República), há que se conceber a tutela cautelar, a

qual não visa outra coisa senão garantir aos indivíduos a tempestiva tutela de seus direitos em estado periclitante, como função jurisdicional voltada ao resguardo destes direitos, nunca como simples instrumento do instrumento, como mero sucedâneo dos processos tidos como principais.

E, tal como existe uma ação de direito processual para toda ação de direito material resistida, ao direito material à segurança deve corresponder uma postulação processual sempre que houver ameaça a um direito provável, sem que isto importe obrigatoriamente na propositura de uma ação processual cautelar, mesmo porque, se a cautela é de ordem material, não há que se falar em direito processual cautelar.

Assim, em se tratando de um direito material, a tutela cautelar pode ser obtida através do manejo de qualquer processo, o que pode ser verificado em diversas circunstâncias previstas pela lei, não havendo razão para se rejeitar o pedido de resguardo a um bem jurídico somente porque não foi proposto mediante uma ação acessória, a qual, lembrando, será processada juntamente com a demanda principal, redundando na repetição de atos praticamente idênticos e culminando em decisões completamente incompatíveis.

Em arremate, vale registrar que o pedido cautelar formulado no bojo dos recursos especial e extraordinário atende perfeitamente aos ditames jurisprudenciais dos Tribunais Superiores, uma vez que continuará seguindo a sorte do recurso, bem como sendo apreciado pelo órgão competente, qual seja, aquele em que os autos recursais se encontrarem.

Desta forma, demonstradas as razões que ensejaram as conclusões deste trabalho, notadamente as consentâneas à necessidade de economia processual, verificou-se que não há óbices à aplicação das idéias defendidas, principalmente porque há exemplos legislativos que as aplicam sem que isto importe em prejuízo aos jurisdicionados.

REFERÊNCIAS

1. ALMEIDA SANTOS, F. C. A estrutura do poder judiciário e competência dos Tribunais Superiores (Ações ordinárias e Recursos). *In: Revista de Processo*, São Paulo, n. 57, ano 15, jan./mar. 1990.
2. ARRUDA ALVIM, T. **Medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso**. *In: Revista de Processo*, São Paulo, n. 74, ano 19, abr-jun, 1994.
3. ASSIS CORRÊA, O. **Recursos no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Aide, 1996.
4. BARBOSA MOREIRA, J. C. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, 7.ed., vol. V, arts: 476 a 565, Rio de Janeiro: Forense, 1998.
5. _____. **A efetividade do processo de conhecimento**. *In: Revista de Processo*, São Paulo, n. 74, ano 19, abr-jun, 1994.
6. BARROS DA SILVA, M. Â. A admissibilidade do recurso especial. *In: Revista de Processo* nº 62, ano 16, abr-jun, 1991.
7. BAPTISTA DA SILVA, O. **Curso de processo civil: o processo cautelar**, v. 3, 5. ed. São Paulo: RT, 2000.
8. _____. **Teoría de la acción cautelar**. Porto Alegre: Fabris, 1993.
9. _____. **A função dos Tribunais Superiores**. *In: Revista de Direito Processual Civil [Gênesis]*, Curitiba, n. 13, ano IV, jul-set, 1999.

10. BUZAID, A. **Exposição de motivos do Código de Processo Civil, Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Capítulos III, IV e V.

11. CALAMANDREI, P. **Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares.** Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.

12. CALMON DE PASSOS, J. J. **Comentários ao código de processo civil**, vol. X, t. I. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

13. CARNELUTTI, F. **Instituzioni del nuovo processo civile italiano**, 3. ed., tomo II, Roma: Biblioteca del Foro Italiano, 1942.

14. _____. **Sistema di diritto processuale.** Padova: Cedam, 1936.

15. CHIOVENDA, G. **Instituições de direito processual civil**, 2.^a ed., trad. J. G. Menegale, vol. I, São Paulo: Saraiva, 1965.

16. _____. **Instituições de direito processual civil**, 2. ed., trad. J. G. Menegale, vol. II, São Paulo: Saraiva, 1965.

17. COVAS, S. **O duplo grau de jurisdição.** In: ARRUDA ALVIM, E. P.; NERY JR., N.; WAMBIER, T. A. A. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos. São Paulo: RT, 2000.

18. CUNHA, A. M. **Comentários ao código de processo civil**, v. 11: do processo cautelar, arts.796 a 812. (Coord. Ovídio Baptista da Silva). São Paulo: RT, 2001.

19. DIAS, C. W. de S. **Efeito suspensivo e juízo de admissibilidade nos recursos especial e extraordinário.** *In:* NERY JR., N.; WAMBIER, T. A. A. (Coord.) Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais, vol. 5. São Paulo: RT, 2002.

20. DINAMARCO, C. R., **Instituições de direito processual civil**, vol. I, São Paulo: Malheiros, 2001.

21. _____. **Os efeitos dos recursos.** *In:* NERY JR., N.; WAMBIER, T. A. A. (Coord.) Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais, v. 5. São Paulo: RT, 2002.

22. _____. **A reforma do Código de Processo Civil**, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

23. DORIA, R. D. **Tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda**, 2ª ed., de acordo com a Lei 10.444/2002. São Paulo: RT, 2003 – (Coleção temas atuais de direito processual civil, v. 1).

24. DOSTOIÉVSKI, F. M. **Os irmãos Karamazov.** Fascículo nº 1 da coleção Os Imortais da Literatura Universal. São Paulo: Abril Cultural, 1970.

25. FERREIRA, P. **Curso de direito processual civil**, São Paulo: Saraiva, 1998.

26. FERREIRA FILHO, M. C. **Comentários ao Código de Processo Civil:** Do processo de conhecimento, arts. 496 a 565, v. 7. (Coord. Ovídio Araújo Baptista da Silva). São Paulo: RT, 2001.

27. GIANNICO, M.; GIANNICO, M. **Efeito suspensivo dos recursos e capítulos das decisões**. *In*: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis, vol. 5 / coordenadores Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2002.

28. GRECO FILHO, V. **Direito processual civil brasileiro**, v. 1, São Paulo: Saraiva, 1999.

29. GRINOVER, A.P.; GOMES FILHO, A. M. **Recursos no Processo Penal**: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais, 3. ed., São Paulo: RT, 2001.

30. GRINOVER, A. P. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

31. JORGE, M. H **Recurso extraordinário – atribuição de efeito suspensivo**. *In*: NERY JR., N.; WAMBIER, T. A. A. (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais, v. 6. São Paulo: RT, 2002.

32. LACERDA, G. **Comentários ao código de processo civil**, vol. VII, t. I. Ro de Janeiro: Forense, 1980.

33. _____. **Processo cautelar**. *In*: Revista de Processo nº 44, out-dez, 1986.

34. LASPRO, O. N. de S. **O duplo grau de jurisdição no direito processual civil**. São Paulo: RT, 1995.

35. LIEBMAN, E. T. **Unità del procedimento cautelare**. *In*: Rivista di Diritto Processuale, Padova, vol. IX, parte I, 1954.

36. _____. **Manuale di diritto processuale civile**, 2. ed., t. I. Milano: Dott. A. Giufrè Editore, 1957.

37. LOPES DE OLIVEIRA, G. K. **Efeito devolutivo do recurso de apelação em face do novo § 3º do art. 515 do CPC**. *In*: NERY JR., N.; WAMBIER, T. A. A. (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais, 2002.

38. MANCUSO, R. de C. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 3. ed. São Paulo: RT, 1993.

39. MARINONI, L. G. **A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 13-16.

40. _____. **Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição**. *In*: Garantias constitucionais do processo civil (Coord. José Rogério Cruz e Tucci). São Paulo: RT, 1999.

41. _____. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: RT, 1992.

42. MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C., **Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento**, 2. ed., São Paulo: RT, 2003.

43. MARQUES, J. F. **Instituições de direito processual civil**, 1. ed., vol. I, Campinas: Millennium, 1999.

44. _____. **Instituições de direito processual civil**, vol. IV. Campinas: Millennium, 1999.

45. MESQUITA, E. M.. **Efeito e execução provisória, uma visão atual**. In: NERY JR., N.; WAMBIER, T. A. A. (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais, v. 4. São Paulo: RT, 2000.

46. NERY JR., N. **Princípios fundamentais**: Teoria geral dos recursos, 4. ed., São Paulo: RT, 1997.

47. _____. **Liminar impugnada e sentença irrecorrida**. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis, v. 7. NERY Jr., N.; WAMBIER, T. A. A. São Paulo: RT, 2003.

48. NEGRÃO, T; GOUVÊA, J. R. F. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**, 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

49. PEREIRA CALÇAS, M. de Q. **Dos recursos extraordinário e especial**. In: Revista de Processo, São Paulo, n. 62, ano 16, abr-jun, 1991.

50. PESSOA ALVES, F. G. **Concessão generalizada de efeito suspensivo (liminar) no agravo de instrumento e paradigmas que não devem ser perpetuados**. In: NERY JR., N.; WAMBIER, T. A. A. (Coord.) Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais, v. 5. São Paulo: RT, 2002.

51. PINTO, N. L. **As súmulas do STJ e do STF e sua influência na admissibilidade do recurso especial**. *In*: Revista de Processo, São Paulo, n. 62, ano 16, abr-jun, 1991.

52. PONTES DE MIRANDA. **Comentários ao Código de Processo Civil**, t. VII. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

53. _____. **Comentários ao Código de Processo Civil**, t. XII. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

54. _____. **Tratado de direito privado**, t. V. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

55. PORTO, S. G. **Recursos: reforma e ideologia**. *In*: Revista de Direito Processual Civil [Gênesis], Curitiba, n. 2, ano I, mai-ago, 1996.

56. REVISTA DE PROCESSO // **Revista de Processo**, São Paulo.

57. REVISTA DE DIREITO PROCESSUAL// **Revista de Direito Processual Civil** [Gênesis], Curitiba.

58. ROCHA, J. de M. **Processo de conhecimento**: (comentários condensados ao Livro I do Código de Processo Civil). Rio de Janeiro: Forense, 1989.

59. SÁ, D. R. **Duplo grau de jurisdição**. São Paulo: Saraiva, 1999.

60. SATTA, S. Diritto processuale civile. Padova: Cedam, 1957, p. 575. *Apud* CUNHA, A. M. **Comentários ao código de processo civil**, v. 11: do processo cautelar, arts. 796 a 812. (Còord. Ovídio Baptista da Silva). São Paulo: RT, 2001.

61. SANT'ANNA, P. A. S. **Novos contornos do instituto da tutela antecipada e os novos paradigmas do sistema processual civil (Lei 10.444/2002)**. In: Revista de Processo, São Paulo, n. 112, ano 28, out-dez, 2003.

62. SANTOS, M. A., **Primeiras linhas do Código de Processo Civil**, 19.^a ed., v. 1, São Paulo: Saraiva, 1997.

63. SILVA, J. A. da. **Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro**. São Paulo: RT, 1993.

64. TEIXEIRA, S. F. **A reforma processual na perspectiva de uma nova justiça**. In: Reforma do código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 1996.

65. WAMBIER, L. R. **Do manejo da tutela cautelar para obtenção de efeito suspensivo no recurso especial e extraordinário**. In: Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário, v. 1. São Paulo: RT, 1997.